Tribunal administratif
du Grand-Duché de Luxembourg
3[e] chambre

N° 33158 du rôle
Inscrit le 2 août 2013

Audience publique du 2 juillet 2014

Recours formé par Monsieur ..., …
contre une « décision » du directeur de l'administration des Contributions directes, une décision de nomination du Grand-Duc et une décision implicite de refus
en présence de Monsieur ..., …
en matière de nomination

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 33158 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 2 août 2013 par Maître Jean-Marie Bauler, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., inspecteur principal, demeurant à L-…, tendant à la réformation, sinon à l'annulation :

- d'une décision ainsi qualifiée non datée du directeur de l'administration des Contributions directes ayant rejeté sa candidature au poste d'inspecteur principal 1[er] en rang hors cadre au grade 13 au service de révision de l'administration des Contributions directes en refusant de soumettre sa candidature au ministre compétent sinon au Grand-Duc ;

- d'un arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 par lequel a été nommé Monsieur ... au poste litigieux ;

- d'une décision implicite de refus de nomination du demandeur se dégageant de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Martine Lise, demeurant à Luxembourg, du 7 août 2013, portant signification de ce recours à Monsieur ..., demeurant à L-… ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 14 octobre 2013 ;

Vu le mémoire en réplique déposé le 15 novembre 2013 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean-Marie Bauler au nom de Monsieur ... ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 4 décembre 2013 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les décisions critiquées ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean-Marie Bauler et Monsieur le délégué du gouvernement Daniel Ruppert en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 26 mars 2014 ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport complémentaire, ainsi que Maître Jean-Marie Bauler et Madame le délégué du gouvernement Betty Sandt en leurs explications à l'audience publique du 14 mai 2014.

Par une note de service du 15 avril 2013, le directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par « le directeur », lança un appel à candidature pour un poste hors cadre devenant vacant au service de révision de l'administration des Contributions directes.

Par courrier du 16 avril 2013, Monsieur ..., entré au service de l'Etat le 16 mars 1989, admis au stage le 28 février 1990, nommé rédacteur de l'administration des Contributions directes le 9 février 1993, affecté au service de révision de l'administration des Contributions depuis le 5 février 2007 et nommé inspecteur principal depuis le 6 septembre 2007, présenta sa candidature pour le poste en question, ensemble avec trois autres candidats, dont Monsieur ....

Par un arrêté grand-ducal du 31 mai 2013, Monsieur ... fut nommé inspecteur principal 1er en rang hors cadre à l'administration des Contributions directes avec effet au 1er août 2013.

Par une requête déposée au greffe du tribunal administratif le 2 août 2013, Monsieur ... a fait introduire un recours principalement en réformation et subsidiairement en annulation contre :

- une décision ainsi qualifiée non datée du directeur ayant rejeté sa candidature au poste d'inspecteur principal 1er en rang hors cadre au grade 13 au service de révision de l'administration des Contributions directes en refusant de soumettre sa candidature au ministre compétent sinon au Grand-Duc ;

- l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 par lequel a été nommé Monsieur ... au poste litigieux ;

- une décision implicite de refus de nomination de Monsieur ... se dégageant de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013.

A titre liminaire, le tribunal tient à relever que Monsieur ... n'a pas fourni de mémoire en réponse dans le délai légal, bien que la requête introductive lui ait été notifiée par exploit d'huissier de justice en date du 7 août 2013. Conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le tribunal statue néanmoins à l'égard de toutes les parties par un jugement ayant les effets d'une décision contradictoire, même si la partie tierce intéressée n'a pas comparu dans le délai prévu par la loi.

Aucun recours au fond n'étant prévu en la présente matière, le tribunal est incompétent pour connaître du recours principal en réformation.

En revanche, il est compétent pour connaître du recours subsidiaire en annulation.

Dans son mémoire en réponse, la partie étatique fait valoir que la nomination d'un des candidat entraîne implicitement, mais nécessairement le refus de nomination des autres candidats non retenus sans qu'il faille procéder à l'élaboration d'arrêtés de refus de nomination spécifiques et que le refus d'une nomination implicite émanerait directement du Grand-Duc, autorité de nomination compétente.

Dans ce même contexte, le tribunal a, à l'audience des plaidoiries, d'office soulevé la question de l'existence d'une décision de rejet de la candidature du demandeur prise par le directeur et, dans l'hypothèse de l'existence d'une telle décision, celle de la compétence du directeur pour ce faire.

Le mandataire de Monsieur ... a conclu à l'incompétence du directeur pour prendre une décision de rejet d'une candidature.

Force est de constater qu'en l'espèce, Monsieur ... ne s'est pas vu notifier une décision écrite de refus de sa candidature, ni du directeur, ni du Grand-Duc.

Néanmoins, tel que cela a été relevé à juste titre par le délégué du gouvernement, le refus de nomination à un poste se dégage implicitement mais nécessairement de la nomination d'un autre candidat, de sorte que le demandeur a valablement pu diriger son recours contre une décision de refus de sa candidature se dégageant de la nomination de Monsieur ... émanant du Grand-Duc.

Par contre, s'agissant de l'existence d'une décision de refus de la candidature du demandeur qui aurait été prise par le directeur, le tribunal est amené retenir que l'existence d'une telle décision qu'elle soit orale ou écrite ne se dégage pas du dossier, de sorte qu'une telle décision n'existe pas et que partant le demandeur n'a pas pu diriger son recours contre une telle décision.

Concernant l'argumentation du demandeur que le directeur aurait refusé sa candidature en omettant de la soumettre au ministre ou au Grand-Duc, force est de constater qu'un tel refus ne se dégage pas des éléments du dossier. Au contraire, il ressort d'un courrier du directeur du 17 mai 2013 adressé au ministre des Finances, qui, au regard des termes choisis et de la conclusion finale (« […] *vous proposer sa nomination* »), est à qualifier d'avis et non pas de décision, que le directeur, loin de refuser de soumettre la candidature du demandeur à l'autorité de nomination, l'a transmise par la voie hiérarchique puisqu'il l'a continuée au ministre des Finances en se référant dans son courrier à toutes les candidatures, y compris à celle du demandeur. La seule circonstance que le directeur a proposé de retenir la candidature de Monsieur ... ne permet pas de conclure qu'il ait refusé de continuer celle du demandeur au ministre des Finances ou au Grand-Duc.

Si à l'audience des plaidoiries du 14 mai 2014, suite à la communication du dossier administratif à la demande du tribunal, le demandeur a encore soutenu qu'il se dégagerait des termes de l'arrêté de nomination de Monsieur ... que sa propre candidature n'aurait pas été soumise au Grand-Duc au motif qu'elle n'y serait pas mentionnée, et en a conclu au bien-fondé de son recours par référence à un jugement du tribunal administratif du 15 juillet 2013,

n° 30812 du rôle, le tribunal relève de prime abord que cette question, dont le bien-fondé sera examiné ci-après dans le cadre de l'analyse des moyens d'annulation présentés par le demandeur, est étrangère à la question de la recevabilité du recours pour autant qu'il est dirigé contre une décision de refus de nomination du directeur. En effet, la portée à donner à un défaut de référence dans l'arrêté de nomination de Monsieur ... à la candidature du demandeur est sans incidence sur l'existence d'une décision de refus du directeur de soumettre sa candidature à l'autorité de nomination, puisqu'un défaut pour le Grand-Duc de disposer de la candidature du demandeur relève, au regard de la conclusion retenue ci-avant quant à l'existence d'un refus du directeur de continuer sa candidature, tout au plus du ministre des Finances. Or, une éventuelle décision de refus du ministre de soumettre la candidature du demandeur au Grand-Duc n'est pas déférée.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours pour autant qu'il est dirigé contre une décision non datée du directeur de rejet de la candidature du demandeur par le refus de soumettre cette candidature au ministre ou au Grand-Duc est à déclarer irrecevable faute d'objet.

Pour le surplus, le recours est à déclarer recevable pour avoir été introduit dans les délai et formes prévus par la loi.

Après avoir passé en revue sa carrière, le demandeur invoque de prime abord une violation de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1997 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, ci-après désigné par « le règlement grand-ducal du 8 juin 1997 », au motif que les décisions attaquées ne seraient pas motivées. Dès lors, tant lui-même que le tribunal se trouveraient dans l'impossibilité de connaître les circonstances de fait et de droit justifiant les décisions, éléments pourtant indispensables pour l'examen de la proportionnalité de la décision.

Le demandeur critique encore la jurisprudence du tribunal administratif suivant laquelle un défaut de motivation entraîne non pas l'annulation de la décision, mais la suspension des délais de recours. Il fait valoir que la communication des motifs constituerait l'expression de la transparence de l'action de l'administration et qu'un défaut de motivation heurterait le principe de la sécurité juridique.

Il ajoute qu'admettre la possibilité de communiquer les motifs en cours d'instance contentieuse, reviendrait à anéantir l'obligation inscrite à l'article 6 précité, l'intéressé se trouvant contraint d'introduire systématiquement un recours contentieux pour se voir communiquer la position de l'autorité ayant pris la décision litigieuse. Ainsi, le meilleur moyen pour garantir que l'administration respecte ses obligations de motivation consisterait à sanctionner par l'annulation les décisions contraires à cette obligation.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet de ce moyen. Au titre de la motivation de la décision de rejet de la candidature du demandeur, le délégué du gouvernement précise que Monsieur ... aurait été parmi les quatre candidats celui ayant le plus d'ancienneté en rang, tel que cela résulterait du courrier du 17 mai 2013 adressé par le directeur au ministre des Finances. Monsieur ... aurait par ailleurs pu acquérir beaucoup d'expérience à travers les différents postes qu'il a occupés auprès du bureau d'imposition des personnes physiques de la retenue sur les traitements et salaires, ainsi qu'auprès d'un bureau d'imposition des sociétés. Il aurait ainsi acquis une certaine expérience en revêtant des postes à responsabilité, d'abord en

tant que préposé adjoint, ensuite en tant que préposé. Ce serait dès lors légitime que le choix se serait porté sur le candidat plus ancien en rang et étant plus expérimenté en raison de la multitude des emplois déjà occupés et la responsabilité y endossée.

Il s'en suivrait que Monsieur ... serait plus apte à occuper le poste litigieux, le délégué du gouvernement ayant par ailleurs précisé que la tâche du service de révision revêtirait une importance certaine dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale, voire l'escroquerie fiscale, de sorte qu'il serait légitime que des critères d'ancienneté et d'expérience soient cumulés pour apprécier le profil des candidats.

En vertu de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, « *Toute décision administrative doit baser sur des motifs légaux.*

La décision doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et des circonstances de fait à sa base, lorsqu'elle :

- refuse de faire droit à la demande de l'intéressé ;
- révoque ou modifie une décision antérieure, sauf si elle intervient à la demande de l'intéressé et qu'elle y fait droit ;
- intervient sur recours gracieux, hiérarchique ou de tutelle ;
- intervient après procédure consultative lorsqu'elle diffère de l'avis émis par l'organisme consultatif ou lorsqu'elle accorde une dérogation à une règle générale. […] »

Cette disposition consacre dès lors le principe que d'une manière générale toute décision administrative doit reposer sur des motifs légaux, et que certaines catégories de décisions, dont notamment celles refusant de faire droit à une demande, doivent formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui leur sert de fondement et des circonstances de fait à leur base.

S'agissant de prime abord de la décision de nomination de Monsieur ..., le tribunal est amené à retenir que celle-ci ne figure pas parmi les catégories des décisions pour lesquelles l'indication d'une motivation expresse est requise en vertu des dispositions de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1997.

Il s'ensuit que le moyen fondé sur cette disposition est à rejeter pour autant qu'il est invoqué à l'égard de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013 ayant nommé Monsieur ... au poste litigieux.

S'agissant ensuite de la décision implicite de refus de nomination du demandeur se dégageant de l'arrêté grand-ducal du 31 mai 2013, si cette décision figure parmi celles pour lesquelles en application de l'article 6 précité l'indication d'une motivation est requise, à savoir une décision refusant de faire droit à la demande, et s'il est vrai qu'une décision implicite de refus de nomination du Grand-Duc ne contient, par la force des choses, aucune motivation, s'agissant d'une fiction juridique découlant de la nomination d'un autre candidat, il découle des enseignements de la Cour administrative que la sanction d'un défaut de motivation ne consiste pas dans l'annulation de la décision, mais dans la suspension des délais de recours et la décision reste valable et l'administration peut produire ou compléter les motifs postérieurement et même pour la première fois devant le juge administratif (cf. Cour adm. 8

juillet 1997, n° 9918 C du rôle, Pas. adm. 2012, V° Procédure administrative non contentieuse, n° 74, cf. aussi Cour adm. 20 octobre 2009, n° 25738C du rôle, Pas. adm. 2012, V° Procédure administrative non contentieuse, n° 76). Malgré les critiques afférentes du demandeur quant à la jurisprudence des juridictions administratives, et s'il est vrai qu'il est regrettable que le demandeur n'a pas formellement été informé des raisons du refus de sa candidature et a dû introduire le présent recours pour obtenir des explications à ce sujet, le tribunal n'entend pas se départir de cette jurisprudence.

Ainsi, le tribunal constate que dans le cadre du mémoire en réponse, la partie étatique a fourni la motivation à la base du rejet de la candidature du demandeur, à savoir celle que le candidat retenu, Monsieur ..., était plus ancien en rang et avait de plus une expérience plus élevée, tant à travers l'exercice de ses tâches dans différents bureau d'imposition, qu'à travers l'exercice de différents postes à responsabilité.

Indépendamment de la question du bien-fondé de ces motifs, qui n'entre pas en ligne de compte au stade de l'examen du respect de l'obligation d'indication des motifs, le tribunal retient que ces indications sont suffisantes pour répondre aux exigences de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, de sorte que le moyen afférent est à rejeter comme n'étant pas fondé.

S'agissant ensuite de l'argumentation du demandeur qu'il se dégagerait des termes de l'arrêté de nomination de Monsieur ... que sa propre candidature n'aurait pas été soumise au Grand-Duc au motif qu'elle n'y serait pas mentionnée, pour en conclure au bien-fondé de son recours par référence à un jugement du tribunal administratif du 15 juillet 2013, n° 30812 du rôle, le tribunal relève que si ce moyen a été présenté pour la première fois à l'audience des plaidoiries et si la procédure devant les juridictions administratives est en principe écrite de manière que les moyens présentés pour la première fois oralement à l'audience des plaidoiries ne sont pas admissibles, il en est différemment en l'espèce puisque ce moyen a été soulevé suite à la communication du dossier administratif complet à la suite des plaidoiries du 26 mars 2014 à la demande du tribunal, étant précisé que le complément du dossier administratif ainsi versé contient plus particulièrement l'arrêté de nomination de Monsieur ..., qui jusque là n'était à la connaissance du demandeur qu'à travers la publication afférente au Mémorial, qui ne reprend cependant pas le libellé intégral dudit arrêté. Afin de garantir les droits de la défense du demandeur, le moyen fondé sur le libellé dudit arrêté est dès lors admissible.

Quant au bien-fondé de ce moyen, le tribunal est amené à retenir qu'au regard de ce qu'il a été retenu ci-avant que le directeur a continué toutes les candidatures au ministre des Finances, y compris celle du demandeur, qui a soumis le dossier au Grand-Duc puisque ce dernier se réfère au rapport du ministre des Finances, la seule circonstance que le Grand-Duc ne s'est pas expressément référé dans l'arrêté de nomination de Monsieur ... à la candidature du demandeur, ne permet pas, à défaut d'autres éléments susceptibles d'admettre que le Grand-Duc ait statué sur base d'un dossier de candidatures incomplet, de conclure que la candidature du demandeur ne lui ait pas été soumise.

Le demandeur invoque ensuite une violation du principe de la confiance légitime, au motif que le refus de sa candidature aurait été inattendu, puisque le directeur lui aurait promis le 22 août 2011 d'être promu lors de la prochaine vacance de poste en raison de son expérience au sein du service litigieux. Il ajoute que le directeur aurait même mis en évidence qu'il serait promu même en présence d'un candidat plus ancien en rang.

Dans ce contexte, le demandeur précise qu'en automne 2011, un poste de chef de division retenue d'impôt sur les intérêts, de grade 13, aurait été vacant, pour lequel lui-même aurait voulu postuler. Toutefois, le directeur, privilégiant à l'époque l'ancienneté en service à l'ancienneté en rang, l'aurait informé qu'il ne l'affecterait pas au poste en question puisqu'une autre personne occuperait ce poste depuis longtemps.

Le demandeur soutient encore que sur demande de sa part s'il devait postuler pour tout autre poste de préposé vacant afin de pouvoir bénéficier d'un avancement, le directeur lui aurait répondu que ce ne serait pas nécessaire, mais qu'il lui promettait que le prochain poste hors cadre vacant au sein du service révision serait pour lui. Ce serait d'ailleurs la raison pour laquelle il n'aurait pas postulé pour le poste en question à l'époque.

Par le refus actuel de retenir sa candidature, le principe de confiance légitime aurait ainsi été violé.

Le délégué du gouvernement, sans nier des discussions entre le directeur et le demandeur, conteste cependant toute forme de promesse qui aurait été faite au demandeur. Il soutient que seul aurait être formulé l'hypothèse que le demandeur pourrait avoir des chances d'accéder au prochain poste vacant hors cadre du service de révision. Or, lors de l'appel des candidatures, deux personnes auraient précédé le demandeur dans l'ordre de classement. Le délégué du gouvernement ajoute encore que le pouvoir de nomination appartiendrait au Grand-Duc sur rapport du ministre des Finances après délibération du Gouvernement en conseil. On ne pourrait dès lors interpréter une discussion ayant eu lieu avec le directeur comme une promesse de nomination à un poste alors que le pouvoir de nomination échappe aux prérogatives accordées au directeur.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur reproche à l'Etat d'avoir en 2011, pour le poste de chef de la division « *retenue d'impôt sur les intérêts* », privilégié l'ancienneté en service à l'ancienneté en rang, alors que lui-même aurait été le plus ancien en rang, tandis qu'en 2013 pour le poste d'inspecteur principal premier en rang au service de révision, l'ancienneté en rang aurait été privilégié par rapport à l'ancienneté en service, étant précisé que lui-même aurait sept années d'ancienneté dans le service de révision.

Le principe général de sécurité juridique dégagé essentiellement par la Cour de Justice de l'Union européenne comme constituant un principe général de droit (cf. notamment CJUE 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, SNUPAT c/ Haute Autorité), ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme (cf. notamment CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/ Belgique) a essentiellement pour objet des garanties quant à une application constante et cohérente du droit par les administrations, ledit principe général du droit s'opposant ainsi à tout changement brusque et imprévisible dans le comportement de l'administration vis-à-vis de ses administrés.

Le principe général de la confiance légitime, qui s'apparente au principe de la sécurité juridique précité, et qui a également été consacré par la jurisprudence communautaire en tant que principe général du droit communautaire (cf. notamment CJUE 5 juin 1973, aff. 81/72, Comm. c/ Conseil) tend à ce que les règles juridiques ainsi que l'action administrative soient empreintes de clarté et de prévisibilité, de manière à ce qu'un administré puisse s'attendre à un comportement cohérent et constant de la part de l'administration dans l'application d'un

même texte de loi ou règlement. Ainsi, ce principe s'entend comme étant la confiance que les destinataires de règles ou de décisions sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, au moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions. Ainsi, les destinataires de ces décisions sont notamment en droit de voir respecter par l'administration leurs droits acquis voire ceux qui leur ont été reconnus sous une législation donnée, tant que le cadre juridique et factuel reste le même.

Force est au tribunal de constater, d'une part, que face aux contestations de la partie étatique et à défaut d'autres éléments, une promesse inconditionnelle du directeur de faire bénéficier le demandeur de la prochaine promotion ne se trouve pas vérifiée en l'espèce. Si la partie étatique ne dénie pas qu'il y a eu des discussions entre le demandeur et le directeur, au regard des explications fournies par la partie étatique et à défaut d'autres éléments fournis par le demandeur, ces discussions ne sont pas de nature à permettre de retenir que le demandeur soit fondé, sur base du principe de la confiance légitime, de prétendre à l'attribution du poste actuellement litigieux et cela indépendamment des qualités et du rang des autres candidats qui se sont présentés. D'autre part, tel que cela a été relevé à juste titre par le délégué du gouvernement, même à admettre qu'une telle promesse ait été faite par le directeur, la compétence en matière de promotion ne revient pas au directeur, mais au Grand-Duc, de sorte que le demandeur n'a pas pu raisonnablement se baser sur une promesse du directeur et en tirer des droits sur le fondement du principe de la confiance légitime, puisqu'il ne pouvait pas ignorer que le directeur n'a pas la compétence de nomination.

S'agissant des reproches du demandeur en ce qui concerne les critères de sélection adoptés, le demandeur reprochant en l'occurrence à l'autorité de nomination que tantôt le critère d'ancienneté en service, tantôt le critère de l'ancienneté en rang ait été privilégié, ce moyen se confond avec les contestations du demandeur quant au bien-fondé des motifs de refus et fondées sur une erreur manifeste d'appréciation et sera partant examiné ci-après.

En ce qui concerne le moyen fondé sur une erreur manifeste d'appréciation, le demandeur souligne que le poste hors cadre litigieux constituerait un poste à attributions particulières à caractère technique. Lui-même serait affecté depuis le 27 juillet 2007 au service de révision et ferait donc état d'une expérience professionnelle de presque cinq ans au moment de sa candidature pour ce poste technique, et cela contrairement à Monsieur ... qui ne présenterait pas une expérience professionnelle équipollente à la sienne. Lui-même aurait partant été le candidat le plus apte à occuper le poste vacant, de sorte que la décision aurait été prise de manière non objective. Il soutient qu'il serait ainsi victime d'une décision d'opportunité visant à l'écarter du grade 13 au profit d'un collègue moins expérimenté.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet de ce moyen en exposant les motifs à la base de la décision litigieuse qui ont été plus amplement résumés ci-avant et conclut que la nomination de Monsieur ... aurait été objective puisque l'autorité de nomination aurait examiné et comparé de façon objective l'aptitude des deux agents entrant en ligne de compte, de sorte qu'il n'y aurait pas eu d'erreur manifeste d'appréciation.

Dans son mémoire en réplique, le demandeur donne à considérer que la motivation invoquée par la partie étatique ne reposerait pas sur un motif légal, mais uniquement sur le pouvoir discrétionnaire « *du directeur des Contributions* ». Or, sous le couvert de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration aurait changé les critères d'attribution d'une

vacance de poste à l'autre. De plus, l'appel des candidatures ne comporterait aucune information à l'adresse des candidats s'agissant des critères de sélection.

Il s'ensuivrait que la procédure d'attribution du poste ne serait garantie par aucun élément objectif, de sorte que lui-même serait victime d'une procédure arbitraire.

Non seulement le critère d'attribution aurait été changé d'une promotion à l'autre, mais de plus la partie étatique ferait état d'un critère lié à l'expérience, que le demandeur qualifie d'obscure puisqu'il ne serait pas précisé si ce sont les années d'expérience au sein d'un service qui sont prises en compte, les années d'expérience au sein de l'administration ou le fait d'avoir multiplié les expériences auprès des différents services. Le demandeur souligne que vu la référence faite par le directeur dans son courrier du 17 mai 2013 au ministre des Finances au règlement grand-ducal du 19 septembre 2013 et aux emplois auxquels sont attachés des attributions particulières à caractère technique y renseignés, il faudrait en déduire que l'expérience requise est celle au sein du service de révision. Or, lui-même aurait non seulement la plus grande ancienneté de service dans le service de révision, mais encore la plus grande expérience au sein de ce même service. Il en déduit que la partie étatique aurait présenté une motivation de pure opportunité.

Dans son mémoire en duplique, la partie étatique fait valoir que s'agissant de la sélection des candidats, qu'il se dégagerait du courrier du directeur du 17 mai 2013 que quatre candidats avaient présenté leur demande et que parmi ces quatre candidats deux auraient précédé le demandeur. L'affirmation qu'en nommant Monsieur ... au poste en question, le demandeur aurait été discriminé serait ainsi dénué de tout fondement.

S'agissant du critère de l'expérience, critiqué par le demandeur, le délégué du gouvernement donne à considérer que l'autorité de nomination serait libre de choisir le candidat qui lui convient le mieux, sous réserve de l'examen effectué par le juge administratif quant à l'existence et à l'exactitude des faits matériels afin de vérifier si les motifs sont dûment établis. Il souligne que pour effectuer ce choix quant au candidat adéquat, il serait déraisonnable et disproportionné qu'une administration soit obligée de se figer de manière irréversible et irrévocable sur un seul critère pour la nomination de tous ses fonctionnaires au poste vacant en faisant abstraction de tout autre critère.

L'administration devrait au contraire apprécier l'expérience acquise par un fonctionnaire de manière générale, qu'elle soit acquise au sein de l'administration, au sein d'un ou de plusieurs services ou même qu'elle soit antérieurement acquise dans le secteur privé. Il s'agirait de mettre en balance les différents états de service acquis par un fonctionnaire pour le départager par rapport aux autres et ce pour un poste bien spécifique. Les précisions fournies par la partie étatique en termes de motivation attesteraient objectivement les qualités de Monsieur ... non seulement par rapport à Monsieur ..., mais également par rapport aux trois autres candidats.

Le tribunal constate à travers l'avis du directeur du 17 mai 2013 que le poste litigieux est un poste hors cadre parmi les vingt-cinq emplois désignés par le règlement grand-ducal du 19 septembre 2003 portant désignation de vingt-cinq emplois de la carrière moyenne du rédacteur et de l'informaticien diplômé, ainsi que de cinq emplois de la carrière inférieure de l'expéditionnaire administratif et de l'expéditionnaire informaticien à l'administration des Contributions directes auquel sont attachées les attributions particulières à caractère

technique, ci-après désigné par « le règlement grand-ducal du 19 septembre 2003 », pris en application de l'article 17 de la loi modifiée du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'administration des Contributions directes, ci-après désignée par « la loi du 17 avril 1964 ».

L'article 1er du règlement grand-ducal du 19 septembre 2003 énumère notamment cinq emplois d'inspecteur ou d'inspecteur principal du service de révision dans la carrière du rédacteur auxquels sont attachées des attributions particulières à caractère technique et dont les titulaires peuvent, aux termes du même article 1er , être nommés hors cadre dès la désignation de leur emploi et lors de la première vacance, par dépassement du cadre normal prévu par l'article 3 de la loi du 17 avril 1964.

Aux termes de l'article 3 de la loi du 17 avril 1964, qui définit notamment dans la carrière moyenne de l'administration des Contributions directes les postes du cadre normal, l'avancement à ces fonctions « *se fait conformément aux dispositions de la loi du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, telle qu'elle a été ou sera modifiée par la suite* ».

La loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, ci-après désignée par « la loi du 28 mars 1986 », distingue entre le cadre ouvert et le cadre fermé, le cadre ouvert étant défini comme « *le cadre où le nombre des emplois dans les grades inférieures n'est pas fixé limitativement et où l'avancement aux différents grades se fait de plein droit après un nombre déterminé d'années, sans préjudice des restrictions légales et réglementaires* », tandis que le cadre fermé est défini comme « *un cadre où le nombre des emplois dans les grades supérieurs est fixé en fonction de l'effectif total de la carrière suivant un pourcentage déterminé* ».

Force est au tribunal de constater que si la loi du 28 mars 1986 établit certaines règles concernant l'avancement dans le cadre ouvert et concernant l'accès au cadre fermé, hypothèses non pertinentes en l'espèce, elle reste muette, tout comme le règlement grand-ducal du 19 septembre 2003 définissant les emplois hors cadre, quant aux conditions de promotion pour un emploi défini au règlement grand-ducal du 19 septembre 2003, donnant droit à une nomination hors cadre.

Pareillement, le règlement grand-ducal du 6 novembre 2009 fixant l'organisation de l'administration des contributions directes, s'il établit des critères de sélection pour les postes de chef de division et chef de division adjoint, ne définit pas de critères de sélection spécifiques pour les emplois hors cadre de la carrière de rédacteur au service de révision.

Aux termes de l'article 5 du statut général, la promotion est définie comme suit : « *1. Par promotion il faut entendre la nomination du fonctionnaire à une fonction hiérarchiquement supérieure ; la hiérarchie des fonctions résulte de la loi fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat. Dans la mesure où les lois concernant les administrations et services n'en disposent pas autrement, la promotion du fonctionnaire se fait dans les conditions et suivant les modalités prévues par un règlement grand-ducal pris sur avis du Conseil d'Etat.*

Nul fonctionnaire ne peut prétendre à la promotion s'il est établi qu'il ne possède pas les qualités professionnelles ou morales requises pour exercer les fonctions du grade supérieur. […] », et le point 6. du même article dispose : « *Nul fonctionnaire ne peut être nommé à une fonction du cadre fermé d'une carrière s'il ne s'est écoulé un délai minimum d'une année depuis la dernière promotion dans cette carrière* », sauf dérogation accordée par le Gouvernement en conseil.

Au regard des dispositions de l'article 5 du statut général et à défaut d'autres critères de sélection définis par les dispositions légales et règlementaires reprises ci-avant, le Grand-Duc dispose en l'espèce d'un large pouvoir d'appréciation, qui est cependant limité par les critères tenant aux qualités professionnelles et morales requises pour exercer les fonctions du grade supérieur.

S'agissant plus particulièrement de l'appréciation des qualités professionnelles et morales d'un candidat, auxquelles se réfère l'article 5 du statut général, l'autorité de nomination peut, le cas échéant, être amenée à la conclusion qu'au vu des qualités requises, appréciés plus particulièrement à la lumière de la nature du poste à pourvoir, il est dans l'intérêt du service de nommer tel ou tel candidat et de le privilégier par rapport à un autre, de sorte que l'intérêt du service, même s'il n'est pas consacré légalement, peut aussi entrer en ligne de compte dans l'appréciation du choix.

Il convient encore de relever que même si le critère de l'ancienneté, invoqué en l'espèce de part et d'autre, le demandeur préconisant l'ancienneté en service, la partie étatique préconisant l'ancienneté en rang combinée à l'expérience, ne constitue pas non plus un critère de sélection textuellement consacré, il peut être pris en compte, puisqu'il traduit une approche répondant à un souci d'objectivité et de traitement égalitaire, et permet ainsi plus particulièrement, devant la toile de fond de l'appréciation de l'intérêt du service, de départager des candidats à qualités égales. Néanmoins, en l'absence de contrainte légale ou réglementaire afférente, l'application de ce critère de l'antériorité au tableau d'avancement ne saurait être érigée en un automatisme.

Sur base des considérations qui précèdent, c'est à juste titre que le délégué du gouvernement fait valoir que le Grand-Duc garde un large pouvoir d'appréciation d'examiner, sur base de critères qui doivent être objectifs et vérifiables, lequel est le candidat qui convient le mieux au poste à pourvoir.

Cependant si le pouvoir de l'autorité de nomination est large, son exercice n'en est pas pour autant soustrait à tout contrôle juridictionnel, en ce sens que sous peine de consacrer un pouvoir arbitraire, le juge administratif, saisi d'un recours en annulation, doit se livrer à l'examen de l'existence et de l'exactitude des faits matériels qui sont à la base de la décision attaquée et vérifier si les motifs dûment établis sont de nature à motiver légalement la décision attaquée, sans que ce contrôle juridictionnel propre à un recours en annulation ne puisse pour autant aboutir à priver l'autorité administrative de son pouvoir d'appréciation. Si cette vérification peut ainsi s'étendre le cas échéant au caractère proportionnel de la mesure prise par rapport aux faits établis, elle ne saurait cependant porter à conséquence que dans l'hypothèse où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité.

En l'espèce, la partie étatique a justifié le choix de Monsieur ... par des considérations tenant tant à l'ancienneté en rang, qu'à l'expérience dans différents bureaux d'impositions et à travers divers postes à responsabilité, notamment en tant que préposé et en tant que préposé adjoint.

Le tribunal est de prime abord amené à retenir, sur base des considérations qui précèdent et à défaut, pour les décisions de nomination à un poste hors cadre, de consécration de critère de sélection basé sur l'ancienneté de service ou sur l'ancienneté en rang, le demandeur n'est pas fondé à soutenir que le Grand-Duc aurait dû privilégier en toute hypothèse le critère de l'ancienneté en service, pas plus que la partie étatique n'est d'ailleurs fondée à soutenir que l'ancienneté en rang à elle seule, à défaut d'autres considérations, justifie en toute hypothèse la décision litigieuse.

Néanmoins, en l'espèce, l'ancienneté en rang de Monsieur ... par rapport au demandeur, en l'espèce d'une différence de neuf ans, qui n'est pas contestée et qui d'ailleurs se dégage des éléments du dossier, n'est pas l'unique motif de choix de Monsieur ..., mais ce critère est combiné à celui de l'expérience à un double niveau, à savoir tant en termes de domaines d'activités, qu'en termes d'exercice de postes à responsabilité.

Il ressort du dossier administratif que Monsieur ... a été nommé préposé adjoint du bureau d'imposition Differdange avec effet au 4 janvier 1999 et préposé du bureau d'imposition Esch de la section de la retenue d'impôt sur les traitements et salaires avec effet au 10 janvier 2005. Le demandeur quant lui n'a pas revêtu une telle fonction dirigeante.

Pareillement, il ressort du dossier administratif que Monsieur ... a travaillé durant sa carrière dans différents bureaux d'imposition, en ce qu'il a été affecté d'abord à la direction des Contributions, au service de l'inspection du service d'imposition, puis en 1988 au bureau d'imposition des personnes physiques à Pétange, puis en 2004 à la section de la retenue d'impôt sur traitements et salaires du bureau d'imposition à Esch et en 2010 au bureau d'imposition sociétés 5, tandis que le demandeur a travaillé essentiellement dans le bureau d'imposition sociétés III, puis depuis 2007 au service de révision.

Il s'ensuit que les faits à la base de la motivation des décisions litigieuses se trouvent vérifiés.

S'agissant de l'appréciation des critères de sélection retenus, le tribunal retient que le fait de retenir comme critère de choix, pour un poste au service de révision auquel sont attaché des attributions de caractère technique conformément au règlement grand-ducal du 19 septembre 2003, l'ancienneté en rang combiné avec l'expérience appréciée globalement n'est pas critiquable en tant que tel et ne relève pas d'une erreur manifeste d'appréciation, puisqu'il est légitime de privilégier, parmi les candidats en ligne, celui qui de par son expérience à travers l'ancienneté en rang et par son expérience à travers des activités dans divers services de l'administration des Contributions et l'exercice de postes à responsabilité, est plus approprié à revêtir le poste litigieux.

Il est certes vrai que le demandeur a une plus importante ancienneté de service dans le service de révision dans lequel le poste est à pourvoir, puisqu'il travaille dans le service de révision depuis 2007, tandis que Monsieur ... n'y a jamais travaillé. Néanmoins, cette seule considération est insuffisante pour retenir qu'il aurait fallu privilégier le demandeur par

rapport à Monsieur ..., ayant pourtant une expérience tant s'agissant des différentes tâches des bureaux d'imposition en général, que s'agissant de l'exercice de postes à responsabilité en particulier, et pour ainsi retenir une erreur manifeste d'appréciation ou l'existence d'une motivation « *de pure opportunité* », non objective, comme l'entend le demandeur.

A cet égard, il convient de relever que le juge de l'annulation n'est pas compétent pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée et il ne saurait sanctionner une décision prise par une l'autorité administrative dans une matière où elle a un large pouvoir d'appréciation qu'en présence d'un usage excessif de ce pourvoir. Or, en l'espèce, un tel usage excessif ne se trouve pas vérifié.

Il s'ensuit que les moyens tendant à critiquer le choix de retenir la candidature de Monsieur ... et de rejeter celle du demandeur sont à rejeter.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours en annulation est à rejeter comme n'étant fondé dans aucun de ses moyens.

La demande en paiement d'une l'indemnité de procédure de 750 euros sur le fondement de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives telle que formulée par le demandeur est rejetée, en ce qu'il n'est pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, troisième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

se déclare incompétent pour connaître du recours principal en réformation ;

déclare irrecevable le recours subsidiaire en annulation pour autant qu'il est dirigé contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes de refuser la candidature du demandeur ;

pour le surplus, reçoit le recours subsidiaire en annulation en la forme ;

au fond, le dit non fondé, partant en déboute ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure de 750 euros formulée par le demandeur ;

condamne le demandeur aux frais ;

Ainsi jugé par :

Claude Fellens, vice-président
Annick Braun, premier juge,
Hélène Steichen, juge ;

et lu à l'audience publique du 2 juillet 2014 par le vice-président, en présence du greffier Judith Tagliaferri.

s. Judith Tagliaferri s. Claude Fellens

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 03.07.2014
Le Greffier du Tribunal administratif